

現代名著譯叢⑪

郭博文・高承恕主編

法律的理念

Dennis Lloyd 著

張茂柏譯

Dennis Lloyd 著・張茂柏譯

現代名著譯叢⑪

法律的觀念

The Idea of Law

中華民國七十三年五月初版
中華民國七十三年十二月第二次印行
保有版權・翻印必究

定價：新臺幣一五〇元

著 者 Dennis Lloyd
譯 者 張 茂 柏
發行人 王 必 成

出版者 聯經出版事業公司

臺北市忠孝東路四段561號

電話：7683708

郵政劃撥帳戶第0100559-3號

行政院新聞局出版事業登記證局版臺業字第0130號

11008-11.

法律的理念

羅伊德 (Lloyd, Dennis) 撰 張茂柏譯 民國73年
臺北市 聯經出版事業公司印行

[7] 332面 21公分

(現代名著譯叢⑩)

原書名: The idea of law

附: 推薦書目

民國73年第二次印行

I. 羅伊德撰 II. 張茂柏譯

S80.1

8585

73

NT\$ 150.00

法律的理念

960005111

王序

羅馬法學家西塞羅 (Marcus Jullius Cicero, 106-43 B. C.) 說：「法律是人性中所蘊含的最高理性，告訴人們所應做之事，禁止人們所不應做之事。」美國法學權威龐德 (R. Pound) 教授所著〔法律史詮釋〕(*Interpretation of Legal History* 1923) 一書中曾說：「法律的思想，在求一般安全之社會利益，不能不使人企求確定的基本條理，以為行為之客觀的準則，使安定的社會秩序得以維持。」

法律本是人類在社會中的行為規範，也就是人類保持和增進社會所給予的利益，不得不遵守的行為規範。換言之，法律是公共的規範，人類行動的規範，這種行動規範，乃是由於社會事實所產生，並非玄妙的觀念，亦非憑空的感覺，人類生存於社會之間，就不能不受社會規範所約束。因此，社會規範的特質，乃是支配人類思想行為感情的法則，是具有強制性的，它是以約束社會人類的共同要求為根本的，所以法律是社會規範的準繩。

一般所謂法律不應僅限於條文文字而已，而應着重於法律思想的內涵。歷史上沒有一部完美的法典，不以完備的思想作為基礎的，先要了解法律思想，才能具備法律的精神，然後才能提升法律的價值，因為社會現象日有變易，社會組織日趨複雜，因而法律條文有時而窮。當吾人面對前所未見

的問題時，解決之道必須本於法律的原則作為思考，這就有賴於法律哲學以為推斷，何況人類是理性的動物，真正控制人類的是無形的思想。所以法律哲學的訓練就是要幫助研究法律的人，認識隱藏在他們所用工具背後的思想，學習如何使用周延的態度來觀察法律問題，避免在作結論時流於偏執。

〔法律的理念〕一書，就是剖釋法律思想的，告訴人們如何來運用縝密的思想，分析法律的理念，達到至美至善之境。本書是英國當代法理學權威羅伊德勳爵的巨著，內容涵益廣泛，文字極為優美，是一本有關法律入門的讀物。已故東吳大學法律學研究所所長梁鑒立先生指定為法理學的輔助教材。張君茂柏，中英文造詣皆深，於治學之餘，以其深入淺出，文字雋永靈活之筆遂譯為中文，使人讀之，了無枯燥艱澀之感，非僅增進一己之法律意念，其有助於一般社會法律教育的普及和法律精神的培養，信必有所貢獻，爰於付梓之前，畧誌數語，以為之介。

王紹堉

序於東吳大學法律學研究所

原序

法律是人類社會天性中的一項主要制度，若無法律，人類將為一種截然不同的生物。稍事瀏覽本書的目錄，讀者即可發現在思想和行動的廣袤領域裏，法律曾經，而且繼續於人類事務中扮演的重大角色。歷代哲學大師由柏拉圖（Plato）到馬克思（Karl Marx），或曾認為法律是人類應當竭力避免的一種罪惡，可是，儘管有這些哲學上的疑慮存在，經驗卻證明法律是人類社會中推動文明的重要力量，而文明的發展通常也和法律體系，以及貫徹這種體系的制度的演進息息相關。

法律並非向壁虛構的產物，而是與或繁或簡，或明或昧的道德規範相因而成。在任何人類社會中，法律與道德規範的關係，無不重大而深遠，我們的社會也不例外，這可以由近來許多聚訟紛紜的爭論得到證明。只以其中少數為例，譬如成年男子因同性戀——即使是暗中進行並經過同意——需受公訴的義務；亟待解決的死刑問題；刑罰目的背後的整個哲學思想；與人類生命尊嚴有關的法律爭議，如安樂死、自殺、墮胎；離婚應根據有罪的觀念，抑或婚姻的破裂；這些問題，無不說明在特定社會中現行的道德觀念與意圖確定權利與義務的法規間相互激盪而產生的張力。

更有進者，一般人對於道德法（Moral Law）的信念，

會嚴重影響他們對於自己社會中實際法律的觀感。有人相信在不同社會各種法律體系之上，另有一種足以裁判人爲立法的高層次法律存在。這種看法，於法律不能肆應需要的時候，曾在人類歷史上許多重要階段，發生長遠的影響。因爲它導致了一個結論，不僅認爲這種高層次的法律凌駕於特定社會中的實際法律，使實際法律中與它抵觸的部分爲之失效，並且免除了各個公民遵守該項法律的義務，甚至替他們違抗國家法統的行爲提供了合理的基礎。我們不能認爲這種看法，目前已經不再引人注意，或認爲它不切實際。舉例來說，那些相信某些基本人權，是由道德法或自然法所保障的人，確實認爲根據種族或信仰而歧視部分民眾並予隔離的立法，與基本道德積不相容，不能視爲有效的法律，因此拒不遵守不僅合理，在道德上也很正當。本書嘗試就這些現代社會中每位公民關切的問題予以探討。

或許，在現代國家中，最爲嚴重的問題，是我們對公民自由所賦予的意義，與保障這種自由所必須接受的手段。法律與自由，關係密切不待言喻，因爲法律既可以被用作暴政的工具，像許多時代的許多社會曾經有過的情形一樣；也可以用來使一個民主社會視爲理想生活重要因素的基本自由發生效應。在這樣一個社會裏，法律僅僅保障個人身體與財產的安全尚有不足，相反的，個人必須能不受拘束地表達意見，結交朋友；必須能隨心所欲的自由往來，尋求工作；必須能盡情享受所謂法治的利益；必須能由匱乏與不幸所引起的原始不安中得到解脫。這些理想在現代福利國家的組織內無不引起極端複雜的法律問題，本書試著就這些爭論中較爲急迫的幾點加以討論。

在今天這個時代，法律的功能被認爲和國家擁有至高的權力，並能任意制定或不制定法律，密切相關。這種說法，

對於國家的法律體制，乃至於在國際之間，均有莫大的影響。舉例來說，假如國家擁有最高的主權，我們怎麼能主張像這樣一個至高無上的國家本身應受國際法的約束？倘若這個國家是以國際公約迫使自己接受某一國際組織的權威地位，就像歐洲共同市場公約（Common Market Treaty）的情形。當英國加入共同市場的消息發佈以後，關於這一行動對國會最終主權的影響等等重大問題，都被提了出來。這不過是法律哲學在如何影響國家重大政策方面的另一種說明。

社會科學在我們生長的時代，即使祇是萌芽而已，但在人類思想及行動的範疇內，已為它們自己開闢了一片重要的園地，對於法學思想與司法實務均有極大的衝擊，法律社會學家的面前因而呈現了開闊的新天地可供研究，其中大部分是從未經過拓殖的。不過，意圖將法學思想與人類學、心理學、社會學、刑罰學的發展相互聯結的努力先後仍有多起。法律人（lawyer），特別是在奉行（譯註：英國）習慣法的國家中，如同世上任何務實力行的人一般，都有對理論感覺不耐的趨向；認為他的工作是在解決實際問題，就此而言，他的法律經驗能使他比那些精嫻其他原理卻不能掌握法律要素的人更能勝任。無論如何，在斟酌社會科學所作的主張時，即使涉及法律本身的奧秘，最後的依據，仍然繫於它們是否能光大法律制度；以及它們在解決當今實際法律問題時所能提供的幫助。

現代法律體系中，法官一角極富社會意味，因此在這本著作裏，我盡力說明司法程序的性質，以及它在促使法律發揮機能方面所作的貢獻。與這些問題密切相關的，是法律推理的性質和架構。法律是處於不斷變遷和演進的過程中，雖然它大部分的演進，肇因於立法機關制訂的法案，可是法官和法院在發展新法，並使它切合社會需要方面，卻功不可

沒；因此我不僅討論造成這項結果的一般方式，並以若干實例加以闡發，使讀者明瞭在現代法律體系中，解釋法律規定與原則並予以適用時牽涉的各種因素。

最後，這本書對於未來，馬上就要利用法律觀念予以處理的一些急迫問題提供了扼要的檢討。如果法律處於履行——它理當協助的——社會功能的可測範圍內，那麼以創造性的途徑研究我們這個時代的法律觀念，確屬必要。凡是關心法律的解釋，或適用的人都應該貢獻力量以革新法律的風貌使它與當今社會的現況保持聯繫，並把這個工作，引為己任。

最後我要表達我對最高法院書記官長賈柯比(I. H. Jacob)先生的感謝，若非他的鼓勵，我恐怕永遠不會着手寫這一本書，他核閱了全書的打字稿，加以校正，並提供了許多極有價值的建議，毋庸贅言的是，他當然不必為書中的錯誤和意見負責。

羅伊德 (Dennis Lloyd)

一九六四年四月

目錄

王序.....	I
原序.....	III
第一章 法律有必要嗎？.....	1
第二章 法律與強制力.....	17
第三章 法律與道德.....	37
第四章 自然法與自然權利.....	61
第五章 法律實證主義.....	85
第六章 法律與正義.....	105
第七章 法律與自由.....	127
第八章 法律、主權與國家.....	159
第九章 法律與社會.....	187
第十章 法律與習俗.....	215
第十一章 司法程序.....	247
第十二章 法律中概念式的思考.....	275
第十三章 一些主要的法律觀念.....	291
第十四章 結論：未來的一些問題.....	317
推薦書目.....	331

第一章 法律有必要嗎？

你能怎樣呢？我可憐的朋友，法律是必需的；既為必需而且是不可或缺的東西，它總是好的，而好的東西永遠使人愉悅。

——伊歐奈斯科 (Ionesco) [義務的犧牲者] (*Victimes du Devoir*)

最完美的社會，是既無政府而又秩序儼然。

——蒲魯東 (Proudhon)

也許這是令人費解的事，在我們開始探討法律的理念以前，首先提出法律是否真正必要的問題。事實上，這個問題極關重要，我們不應該，也不能夠把它假定為當然如此。因為它起源於一種使人困惑而又不安的疑慮，不僅懷疑法律對一個公平社會的締造並非必要，因此或許可以避免；同時也懷疑法律本身是否確為一種罪惡，因而構成人類實現他社會天性的障礙。這種看法，對一個秩序井然的民主社會——不論它有任何瑕疵或缺陷——成員而言，雖然有點荒謬，可是我們應該記住在許多綱紀不振的社會裏，法律的施行可能以不受歡迎的外貌出現。而且在一系列西方傑出哲學家，由柏拉圖到馬克思，對「法律本來就是，或應該是良好社會中人類不可或缺的東西」這點，很少給予嘉許，反而；在某些方面，將他們的力量，用來排斥法律。敵視法律的心理，在

東西方許多偉大宗教信仰中，也扮演過重要角色，同時還是基督教義形成時期的一項關鍵因素。除了馬克思份子之外，另有一些人支持無政府主義，認為它是人類解決重重個人與社會問題的良方。每一個時代——包括我們所處的——都曾產生過對「權威」感覺不安的個人與團體，用各種行動或示威來對抗法律與秩序，毫無疑問，他們經常是受到一種曖昧觀念的支使，認為他們的抗議，將神秘地引導人類邁向比較美好，比較快樂的生活。但這種曇花一現的事例，大體上對人類思想的主流並無影響^①，因此我們必須透過社會騷亂的外表，試着解釋「對法律不滿」的意識基礎，以便了解，人類歷史中，在地理和文化上相去甚遠的文明裏，經人反覆提倡的這個觀念，——全然否定法律，或是至多把它當作人類社會不完美狀況下必需的罪惡。

本書稍後將把注意力集中於法律這種社會現象所扮演的角色；它在強化社會控制力量方面的功能；以及它和「公正社會」概念的關係。在這裏我們不必預先揭示這類討論，但應將思想專注於導致，一方面，全然否定對於法律的需要，或另一方面，認為法律是一種罪惡，唯有人類不願或不能締建公正社會時，才可視為權宜之計而予以容忍的思路過程。

人性

當我們提到某些具有「意識型態」性質的思想或概念時，我們的意思，是指它多少構成了我們對於世界的態度，

^① 試想，譬如宗教改革運動初期浸信會教友的運動：見 L. Von Ranke, *History of the Reformation in Germany* (Sarah Austin 英譯，卷六，第九章，不過這類運動不論在刺激社會改革或法律改革方面，或是，更常見的，在引起崇尚壓制惡望的態度方面，一直都有很大的影響。

以及對人與世界；人與社會種種關係的看法。法律概念當然也有「意義型態」的特性，以至我們觀念中的法律不免會因我們對人類在世界中地位的認識，對人類本性——如若干現代作者樂於使用的稱呼「人類要件」(human condition)所持的看法，以及人類必須經路的目標而受影響。當我們聲稱法律是，或不是，人類所必需時，我們顯然不只是陳述一樁單純物理上的事實而已——如人類沒有飲食就不能生存——而是在從事一項評價。我們實際上所說的是：由於人類的本性如此這般，因而他只能在「有」或「沒有」法律的情況下具備真正的「人類要件」。這個陳述，本身隱含着對人類目標，何者益於人類，以及實現這些目標所需條件等種種假設。

因為人類長久以來，強烈地為這類問題所困擾，無怪乎各個時代，各個社會的思想家都被捲入有關人類天性中的倫理品質或潛在趨向等永無休止中的爭論中。而這些爭論，確實被今天的許多人當作不僅永無休止而且毫無意義，不過真相是否如此？我們所採的立場，將構成一項大前提，引導我們研究法律是否，或在何種程度之內，為人所必需，並因這個緣故，使它的重要性不容抹煞。將人類視為罪惡化身，或是充其量，善惡交斥不斷衝突個體的人，發現罪惡不斷地壓倒良知，顯然人類本性中根植有黑暗與危險的力量，需要嚴厲節制，否則就會導致社會秩序的全般毀壞，那時人類的處境不會比禽獸更好。就此而言，法律是必須加諸惡性的一種限制，以避免沒有政府，沒有法律的可怕景況。在另一方面，也有人把人類的本性看成天生良善而從外在環境中為目前人類的罪惡尋求根源，他們由人類的社會環境裏找出若干基本缺陷，當作使人致惡的禍尤。而這不良環境最顯著的特徵當然是掌握統治大權的政府以及供他們發揮政治力量的法

律制度，那麼法律被看作人類苦難的根源而成眾人非難的焦點，實在不足為怪。

在社會改革的時代，譬如過去一百多年的西方，這類責難似乎應將矛頭指向對既存法律的修訂，而非使它完全根除，但在另一方面，必須記住的是，許多社會中合法政體帶來的罪惡，對有宗教信仰或哲學情操的人來說，是無可避免的，用新的政權，取代一個依法施行強制力的政府，只會相對地引起一連串苦難與壓迫。因此唯一的辦法是徹徹底底的譴責那些法律上的約束。

法律與罪惡的力量

把法律看作節制人類罪惡情緒的工具以維持社會和諧的人，採用了兩個極端不同的出發點，一方面，有人主張人性本惡，不靠刑法約束，任何社會進步都無法達成。另一方面，有人認為自然創造人類，起初秉性善良，只因罪惡、腐敗或其他內在的弱點，譬如貪婪，使人類真正原始的本性受到歪曲，以致需要靠法律嚴厲的懲罰加以控制。讀同這種對人類失敗作樂觀評估的人，喜歡回顧泰初生民混沌無知的黃金年代，人類不需任何外在的法律制度或壓力來限制他們的動機，就能生活在單純、愉快與秩序之中，因為這些動機無不以促進人類共同的福祉為目的，毫不自私。這種純樸原始的景像被塞尼加（Seneca）到盧梭（Rousseau）以來，甚至於今天的許多作家所稱頌，它和我們對人類遙遠過去的美麗憧憬，經常成為歸真反璞運動的鵠的，回到人類未經敗壞的原始本性，替未來更美滿的社會展開啟遠景，在那裏，法律的強制管束，將由未經污損的自然動機所取代。

關於這兩種對人類本質與天性的看法都可以廣泛地援引

例證。但其中只有少數必須一提，舉一個例子，在紀元前三世紀的中國，我們發現，有一個所謂「法家」的重要學派，他們認為人性最初是邪惡的，而人所以經常能循規蹈矩，是因為社會環境的影響，特別是禮教和刑罰。「嚴刑峻法，較任何聖哲寶訓，更能一匡天下」是他們治國的準則之一^②。大約在同一時候，印度〔聖典〕(*Shashtra*)的作者，斷言人類生來便感情用事而且貪多好求，倘若任由他們恣意行動，世界會成為魔鬼的工場，「魚類的邏輯」(*logic of the fish*)——大吃小，必將猖獗於世^③。可以與此印證的看法，不難在現代西歐許多正在發跡的學者中找到。因此有認為人類最初的社會充滿了暴力、壓迫，並且混亂無章的布丹(Jean Bodin 譯註：1530-1596 法國法學家，畢生致力於信仰自由，認為君主獨裁是最好的政治制度)。而霍布士(Thomas Hobbes 譯註：1588-1679 英國哲學家)筆下，將初民生活寫成永不休止的鬭爭，形容個人的存在為「殘忍、醜陋、而短暫」，已成經典之作。休謨(David Hume 譯註：1711-1776 蘇格蘭哲學及歷史家)也是一樣，他認為沒有法律、政府與制裁，人類社會無法存在，因此這一方面，法律是人類自然的必需品。馬基維利(Machiavelli)上君王的著名諍言中，勸告他們，當發現自己的誓言與自己的利益抵牾的時候，不必信守承諾，理由是人類「天生邪惡，不可能對你們效忠，因此基於同一道理，你們必不可向他們守信」^④。

太初是黃金時代的假設，也曾以不同的形式，在西方意識型態的歷史中扮演過極重要的角色。在古老的舊籍裏，關

② 見 Becker 與 Barnes 所著 *Social Thoughts from Lore to Science*, 3rd ed. (1961), Vol. I, pp. 69-70.

③ 同上, p. 78.

④ [君王論] *The Prince*, 第十八章。

於這首假設最著稱的兩段說明，出於奧維德（Ovid）與塞尼加的筆端。奧維德在他〔蛻變〕（*Metamorphoses*）一書的第一冊中，用下列頌詞提到它；

泰初黃金時代，當人始生之際，
除了清明理性，不知尚有規則，
只要盡性率真，美善當必踵隨，
不為處罰所迫，不為恐懼所憂，
他的言語單純，他的靈魂誠摯，
毋庸成文法典，無人會遭壓迫，
法律羅於胸臆，
法官門可羅雀，
法院無庸設立，訟因曾未聽聞，
但是一切平安，因有良心守護⑤。

作為一位哲學家，塞尼加的說明，更為詳細：

遠古時期，人類聚落羣居，生活寧靜而快樂，一切東西都由大家共享，沒有任何私人財貨。我們可以推斷，當時沒有奴隸，也沒有實施壓力的政府。那裏的秩序是人類不偏不倚地追隨自然，而能締造出最好的一種，並有大智大德的人擔任領袖。為他們的利益引導、教化他們。領袖的統御，因為睿智公正，所以被他們心悅誠服地遵守……隨著歲月推移，原始的率真逐漸消逝，人類變得貪婪無厭，對共享世間物資覺得不滿，企圖將他們攫為己有。貪婪葬送了最初快樂的社會……智者的王權向暴政拱手讓步，於是人類不得不制定法律以約束他們的統治者⑥。

⑤ 見 Dryden 的譯本。

⑥ 出自塞尼加，*Epistulae Morales*，第十四，書信二，A.J. Carlyle 於 *A History of Mediaeval Political Theory in the West*, Vol. I, pp. 23-4 中引用此段。